

Artikel

De handhaving van Amerikaans sanctierecht

Mr. Y. Amar en mr. S. Bennink*

Inleiding

Europees sanctierecht is de laatste jaren een ‘hot topic’ geworden en is steeds hoger op de politieke agenda komen te staan. Bedrijven en financiële instellingen die actief zijn in sanctielanden worden steeds vaker geconfronteerd met de consequenties van het sanctiebeleid van de EU en de VN. Ook op handhavingsvlak hebben wij, met name in Nederland, de laatste jaren een sterke toename gezien van het sanctierecht.

Toch is het voor de meeste bedrijven en financiële instellingen niet het sanctierecht van de EU en de VN dat de drijfveer is voor de naleving van dit rechtsgebied, maar dat van de VS. Met name banken hechten sterk aan Amerikaans sanctierecht, zelfs indien dat sanctierecht niet van toepassing is.

De reden voor deze strenge compliance is dat de Amerikaanse autoriteit, the Office of Foreign Assets Control (‘OFAC’), veel meer dan andere landen, een actief handhavingsbeleid voert en daarbij niet schroomt om zeer hoge boetes op te leggen en in dat verband ook een vergaande extraterritoriale werking aan haar sanctieregelgeving toebedeelt. Daardoor is OFAC in staat om ook bedrijven, financiële instellingen en individuen die niet in de VS gevestigd zijn te bestraffen voor overtreding van Amerikaanse sanctieregimes, zelfs wanneer er geen directe connectie is met het Amerikaanse rechtssysteem.

Een andere belangrijke oorzaak voor de efficiëntie van het Amerikaans sanctierecht is het feit dat men in de VS

een systeem kent waarbij een boete met 50% wordt verminderd, indien hij is voorafgegaan door een zogeheten *voluntary self-disclosure* (‘VSD’). Anders gezegd: indien een bedrijf zelf aangifte doet van een geconstateerde overtreding, krijgt het korting op de maximale boete. Dat maakt dat veel bedrijven ervoor kiezen om zichzelf te melden bij OFAC om hun overtredingen te melden in plaats van af te wachten tot OFAC op een andere manier achter de overtreding komt.

Tegen deze achtergrond speelt ook mee dat, door de efficiëntie van OFAC’s VSD’s en de daaraan gekoppelde schikkingsovereenkomsten, er nauwelijks geprocedeerd wordt in verband met overtredingen van het sanctierecht. Dit is kwalijk voor de rechtsvorming in de VS en maakt de macht van OFAC alleen maar groter.

In dit artikel zullen wij nader ingaan op de reikwijdte van het Amerikaans sanctierecht en de handhavingspraktijk door de Amerikaanse toezichthouder OFAC.

Extraterritorialiteit Amerikaans sanctierecht

De VS kennen zogeheten *primary sanctions*- en *secondary sanctions*-regimes. Het *primary sanctions*-regime verwijst naar de directe Amerikaanse financiële en handelsembargo’s tegen landen waar sancties tegen zijn ingesteld. Dit regime is hoofdzakelijk van toepassing op zogeheten *US Persons*. *US Persons* zijn, in het kort, (i) alle natuurlijke personen met de Amerikaanse nationaliteit of een permanente verblijfsvergunning (*greencard*), (ii) alle personen en entiteiten die zich op het grondgebied van de VS bevinden, en (iii) alle entiteiten opge-

* Mr. Y. Amar is advocaat bij Wladimiroff Advocaten te Den Haag. Mr. S. Bennink is advocaat bij Wladimiroff Advocaten te Den Haag.

richt naar het recht van de VS, inclusief hun buitenlandse bijkantoren.¹

Op *non-US Persons*, niet-Amerikanen dus, is het Amerikaanse sanctieregime alleen van toepassing wanneer zij transacties uitvoeren die een zogeheten nexus met de VS hebben. Die nexus bestaat indien US dollarbetalingen worden verricht of indien een transactie, kort gezegd, betrekking heeft op de wederuitvoer van Amerikaanse goederen of niet-Amerikaanse goederen waarin gecontroleerde Amerikaanse goederen zijn verwerkt. Kortom, ook niet-Amerikanen kunnen te maken krijgen met de werking van Amerikaans sanctierecht indien zij, waar ook ter wereld, betrokken zijn bij transacties in Amerikaanse dollars of Amerikaanse goederen.

Daarnaast kennen de VS de zogeheten *secondary sanctions*. Dit zijn sancties die gelden voor non-US Persons, niet-Amerikaanse natuurlijke en rechtspersonen dus. Zij kunnen onder de *secondary sanctions* door de VS bestraft worden, indien zij transacties verrichten met landen waartegen deze sancties gelden. Daarvoor is derhalve geen US nexus vereist.

Secondary sanctions zijn slechts ingesteld tegen een beperkte groep landen, waaronder Iran, Cuba, Noord-Korea en Libië. Veelal zijn deze sancties beperkt tot specifieke transacties of transacties met specifieke sectoren in het sanctieland. Het risico van Amerikaanse handhaving op overtreding van de *secondary sanctions* is bovendien relatief laag. Straffen kunnen namelijk veelal alleen worden opgelegd, nadat de Amerikaanse overheid heeft bepaald dat een overtreding ‘knowingly’, ‘sufficiently material’ of ‘significant’ is. Of hieraan wordt voldaan, hangt af van enkele factoren, zoals de grootte, het aantal, de frequentie, en de aard van de transactie,² en daarnaast van andere factoren die OFAC in het concrete geval relevant acht.

Dat neemt echter niet weg dat secondary sanctions een uiterst effectief middel zijn gebleken om buitenlandse bedrijven, en in het bijzonder banken, ertoe te bewegen de handel met een sanctieland te beëindigen. Het beste voorbeeld hiervan is Iran. Om een voorbeeld te geven, toen president Trump in november 2018 de secondary sanctions tegen Iran opnieuw in werking deed treden, heeft een groot aantal Europese banken die tot dat moment wel zaken faciliteerden met Iran zich volledig uit Iran teruggetrokken. Hierdoor werd het praktisch onmogelijk voor Europese bedrijven om nog zaken te doen met Iran, terwijl dat vanuit Europees perspectief zonder meer was toegestaan.

Europa heeft zich tegen die secondary sanctions getracht te verweren met de zogeheten Blocking Statute.³

1. Voor sommige sanctieregimes, waaronder dat tegen Iran, geldt voorts dat buitenlandse dochtervennootschappen van Amerikaanse entiteiten eveneens onder de werking van het betreffende Amerikaanse sanctieregime vallen.
2. In zijn algemeenheid wordt aangenomen dat een transactie van meer dan USD 250.000 of meerdere transacties in een jaar van meer dan USD 1 miljoen als significant kan worden aangemerkt.

te.³ Op grond van deze Blocking Statute, die tevens van toepassing is op de secondary sanctions tegen Cuba en Libië, is het strafbaar om te voldoen aan de secondary sanctions tegen Iran en worden buitenlandse vonnissen op grond waarvan aan de secondary sanctions moet worden voldaan, in Europa niet erkend.

Door deze regelgeving is het Europese bedrijfsleven in een situatie geraakt waarbij het een keuze moet maken om aan een van beide te voldoen. Aangezien de Blocking Statute niet verplicht tot het zakendoen met Iran en overigens in Europa nog nooit strafrechtelijk is gehandhaafd, is dit in feite een dode letter. Met name de banken hebben simpelweg gezegd dat zij hun beleid per 5 november 2018 hebben gewijzigd en geen zaken meer wensen te doen met Iran. Daarmee zijn de Amerikaanse secondary sanctions voor de meeste Europese bedrijven en banken een grotere dreiging gebleken dan de daar tegenoverstaande Europese wetgeving.

Procedure van de voluntary self-disclosure

Zoals gezegd is een andere belangrijke reden voor de efficiëntie van het Amerikaanse systeem het feit dat zij de VSD kent. De VSD houdt verband met het handhavingstraject bij OFAC, ook wel *civil enforcement* genoemd. Dit dient niet te worden verstaan als civiele handhaving, maar veeleer als administratiefrechtelijke handhaving, en staat tegenover *criminal enforcement*, strafrechtelijke handhaving.

OFAC kent een ingenueus en complex boetesysteem, waarbij de ernst van de overtreding én de vraag of een VSD is ingediend de relevante criteria voor de hoogte van de boete zijn. De tabel hieronder geeft weer hoe OFAC tot het boetebedrag komt.⁴ Hierbij dient te worden opgemerkt dat de boete geldt per overtreding. Dat wil zeggen dat, indien er meerdere transacties hebben plaatsgevonden die in overtreding van de Amerikaanse sancties waren, die in beginsel onbeperkt kunnen cumuleren.

Zoals in de tabel hierna valt te zien, geldt zonder VSD dat men in geval van een zogeheten *egregious case*, een flagrante overtreding, het *Applicable Statutory Maximum* (‘ASM’) moet betalen. Het ASM is in de meeste gevallen het meerdere van USD 302.584 of tweemaal de waarde van de transactie waarmee de overtreding is gepleegd.

Indien er geen sprake is van een flagrante overtreding en er geen VSD is gedaan, geldt het *Applicable Schedule Amount*, waarbij het maximum is beperkt tot het minde-

3. Verordening (EG) Nr. 2271/96 van de Raad van 22 november 1996 tot bescherming tegen de gevolgen van de extraterritoriale toepassing van rechtsregels uitgevaardigd door een derde land en daarop gebaseerde of daaruit voortvloeiende handelingen.
4. 31 CFR 501 Appendix A(V)(B)(a)(6).

BASE PENALTY MATRIX

Egregious Case

		NO	YES
Voluntary Self-Disclosure	YES	(1) One-Half if Transaction Value (capped at <u>lesser</u> of \$151,292 or one-half of the applicable statutory maximum per violation)	(3) One-Half of Applicable Statutory Maximum
	NO	(2) Applicable Schedule Amount (capped at <u>lesser</u> of \$302,584 or the applicable statutory maximum per violation)	(4) Applicable Statutory Maximum

re van USD 302.584 en het ASM. Hierbij worden de volgende richtbedragen in acht worden genomen:

- \$1,000 with respect to a transaction valued at less than \$1,000;
- \$10,000 with respect to a transaction valued at \$1,000 or more but less than \$10,000;
- \$25,000 with respect to a transaction valued at \$10,000 or more but less than \$25,000;
- \$50,000 with respect to a transaction valued at \$25,000 or more but less than \$50,000;
- \$100,000 with respect to a transaction valued at \$50,000 or more but less than \$100,000;
- \$170,000 with respect to a transaction valued at \$100,000 or more but less than \$170,000;
- \$250,000 with respect to a transaction valued at \$170,000 or more, except that where the applicable schedule amount as defined above exceeds the statutory maximum civil penalty amount applicable to an apparent violation, the applicable schedule amount shall equal such applicable statutory maximum civil penalty amount.⁵

Zoals gezegd, is de gedachte dat men de boete halveert middels het indienen van een VSD. In dat geval is, bij een niet-flagrante overtreding, het boetebedrag gelijk aan de helft van de waarde van de onderliggende transactie, met als maximum het mindere van USD 151.292 of de helft van het ASM. Is het wel een flagrante overtreding, dan is het maximum de helft van het ASM.

De VSD is overigens aan strenge voorwaarden gebonden. Zo wordt een VSD niet als zodanig erkend indien (i) een derde partij van dezelfde overtreding melding heeft gemaakt vanwege een geblokkeerde transactie, (ii) er sprake is van een onjuiste, (iii) misleidende of onvolledige VSD, (iv) indien de VSD niet door de betreffende partij is geïnitieerd, of (v) de VSD is gedaan zonder toestemming van het senior management van het betreffende bedrijf.⁶

Na het doen van een initiële VSD, geeft OFAC veelal een periode van zes maanden, met een eenmalige mogelijkheid tot verlenging van die periode, waarin nader onderzoek dient te worden gedaan naar de omstandigheden van de overtredingen. Daarbij heeft OFAC een aantal standaardvragen die het beantwoord wil zien, die onder meer betrekking hebben op de toedracht van de overtredingen, de betrokkenheid van het personeel, de betrokkenheid van senior management/bestuur, de procedures van het bedrijf ten tijde van de overtreding en de beheersmaatregelen die in de tussentijd zijn genomen of worden genomen. Daarnaast wil OFAC in de regel informatie over mogelijke overige overtredingen binnen de groep van de vennootschap.

Na afloop van de onderzoeksperiode dienen de bevindingen bij OFAC te worden ingediend, die vervolgens het onderzoeksrapport bestudeert. Vanwege de grote drukte bij OFAC duurt dit in de regel een jaar tot anderhalf jaar. Vervolgens komt OFAC met een van de volgende bevindingen:⁷

- a. *No Action*
- b. *Request Additional Information*
- c. *Cautionary Letter*
- d. *Finding of Violation*
- e. *Civil Monetary Penalty*
- f. *Criminal Referral*
- g. *Other Administrative Actions*
 1. *License denial, suspension, modification or revocation*
 2. *Cease and desist order.*

Het voorgaande komt op het volgende neer. Indien onvoldoende bewijs is gevonden van een overtreding, wordt er geen actie ondernomen. Aanvullende informatie wordt opgevraagd, indien OFAC meent dat die nodig is om het dossier te kunnen bestuderen. Indien OFAC een 'memorandum of understanding' heeft met de toezichthouder in het betreffende land, kan het bepaalde informatie ook via die weg opvragen.

5. 31 CFR 501 Appendix A (I)(B).

6. 31 CFR 501 Appendix A (I)(I).

7. 31 CFR 501 Appendix A (II).

OFAC kan onder omstandigheden tevens een waarschuwingsbrief doen uitgaan om aan de persoon het belang van compliance met het sanctierecht over te brengen. Deze maatregel zet OFAC in indien er onvoldoende bewijs is voor een overtreding, maar het onderliggende gedrag van de betreffende persoon in andere omstandigheden wel tot een overtreding zou kunnen leiden. De waarschuwingsbrief wordt ook wel gebruikt indien de persoon onvoldoende zorgvuldigheid betracht om sanctieovertredingen te voorkomen, volgens OFAC.

In geval van een *Finding of violation* is wel een overtreding geconstateerd maar wordt geen verder (monetair) gevolg aan die overtreding gegeven, vergelijkbaar met de schuldigverklaring zonder strafoplegging als vermeld in artikel 9a Sr.

Een *Civil Monetary Penalty* wordt opgelegd indien OFAC daartoe aanleiding ziet, conform de richtlijnen als hierboven vermeld.

Wanneer OFAC daartoe aanleiding ziet, kan het de zaak doorverwijzen naar *the Department of Justice* voor strafrechtelijke handhaving. In de praktijk speelt dit met name in het geval van zeer ernstige sanctieovertredingen of indien een (rechts)persoon weigert mee te werken aan het onderzoek. Anders dan in het kader van de *civil enforcement* door OFAC, kan door de Department of Justice ook gevangenisstraf van betrokkenen worden gevorderd.

Ten slotte heeft OFAC de mogelijkheid om, naast voornoemde maatregelen, altijd specifieke administratieve maatregelen op te leggen. De *Cease and Desist Order* is in feite niets anders dan een verbod om bepaald gedrag dat in strijd is met het Amerikaans sanctierecht te stoppen. OFAC gebruikt dit meestal, indien er een risico op herhaling bestaat. De maatregelen met betrekking tot de vergunning kunnen met name financiële ondernemingen raken, die vervolgens bijvoorbeeld hun diensten niet meer of enige tijd niet meer mogen aanbieden in de VS. Een voorbeeld hiervan is BNP Paribas, dat na haar zeer hoge boete voor sanctieovertredingen – waarover hierna meer – een jaar lang werd uitgesloten van het uitvoeren van Amerikaanse dollar-transacties. Maar ook bedrijven die een vergunning hebben om aan het Amerikaanse leger of aan overheidsinstellingen te leveren kunnen ernstig geraakt worden door deze maatregel.

Praktijkvoorbeelden handhavingsbeleid

Voorname handhavingspraktijk heeft in de loop der jaren tot een groot aantal praktijkvoorbeelden geleid, waarbij zeer hoge boetes zijn opgelegd. Opvallend is hierbij dat een groot deel van de beboete rechtspersonen banken waren. Hier is echter een goede verklaring voor. Zo wordt banken wel de taak van poortwachter van het financiële systeem toegedicht. Dat maakt dat het in de

ogen van toezichthouders primair aan banken is om sanctieovertredingen te voorkomen. Dat maakt voorts dat banken vaak een gedegen administratie hebben, die eenvoudig is te controleren op sanctieovertredingen. Belangrijker is echter dat vrijwel alle banken betrokken zijn bij US dollarbetalingen, zodat hun blootstelling aan Amerikaans sanctierecht vele malen groter is dan die van bedrijven.

In de praktijk valt ook op dat met name niet-Amerikaanse banken vervolgd worden voor Amerikaanse sanctieovertredingen vanwege illegale dollartransacties met landen als Iran, Cuba en Libië. Een goed voorbeeld hiervan is ING Bank, die in 2012 schikte met OFAC en een boete van USD 619 miljoen betaalde voor het verrichten van vele tienduizenden US dollartransacties met Cuba. Volgens OFAC was hier sprake van een *egregious case*, omdat er sprake was van opzet en roekeloosheid. Zo wisten sommige medewerkers, waaronder senior management, van de overtredingen. Bovendien heeft ING destijds in de ogen van OFAC niet volledig meegewerkt aan het onderzoek. Tegelijkertijd was er wel sprake van een VSD voor het merendeel van de overtredingen. De boete was destijds de hoogste ooit voor sanctieovertredingen.

Inmiddels is deze boete ruimschoots overtroffen door die van BNP Paribas uit 2014, zoals reeds eerder kort aangehaald. BNP had jarenlang de Amerikaanse sancties overtreden door US dollarbetalingen te faciliteren met Iran, Cuba, Sudan en Birma. Sterker, BNP had daarvoor een systeem opgezet met codewoorden om de namen van gesanctioneerde partijen in de transacties te verhullen en betalingen zodanig te structureren dat deze niet meer tot gesanctioneerde partijen konden worden herleid. De boete die BNP – na uitvoerige schikkingsonderhandelingen – uiteindelijk in totaal heeft betaald, betrof USD 8,9 miljard. Daarnaast is het BNP een jaar lang verboden om US dollarbetalingen te faciliteren.

Een bekende, meer recente, zaak is die van het Chinese telecombedrijf ZTE. Dit bedrijf had grote hoeveelheden Amerikaanse telecomproducten direct en indirect geleverd aan Iran. Hiervoor trof het telecombedrijf in 2017 een schikking met OFAC voor circa USD 1,2 miljard. Omdat ZTE vervolgens onvoldoende aan de voorwaarden van de schikkingsovereenkomst voldeed – zij reprimeerde haar werknemers onvoldoende voor de sanctieovertredingen – is het US Persons in 2017 verboden om gedurende zeven jaar te leveren aan ZTE. Deze aanvullende maatregel is in 2018 weer opgeheven, nadat ZTE haar senior management had vervangen, een intern complianceteam heeft aangesteld voor tien jaar en aanvullende boetes heeft betaald.

Schikkingen vs openbare procedures

Uit deze voorbeelden blijkt ook wel dat vrijwel geen enkele zaak wordt uitgeprocedeerd. Het systeem van de VSD en het kunnen afdoen van de overtreding middels een enkele betaling is voor veel financiële instellingen en bedrijven dermate aantrekkelijk, dat zij de optie van de VSD verkiezen boven die van de – strafrechtelijke – procedure, waarbij niet alleen het negatieve aspect van een slepend traject speelt, met alle publieke consequenties van dien. Daarbij speelt tevens het feit dat betrokken individuen in dat geval een gevangenisstraf boven het hoofd kan hangen. Voor veel bedrijven en financiële instellingen is de VSD daarom de aantrekkelijker optie, ook als dat betekent dat monsterbedragen moeten worden betaald en de schikkingsovereenkomst wordt gepubliceerd door OFAC, zoals te doen gebruikelijk.

Voor de rechtsvorming is dit uiteraard een kwalijke zaak. Doordat er nauwelijks wordt geprocedeerd, wordt de interpretatie van de sancties door OFAC vrijwel de enige bron waarop men zich kan baseren. OFAC maakt van deze praktijk, veel meer dan de Europese toezichthouders doen, gretig gebruik en publiceert aan de lopende band richtlijnen en interpretaties van de sancties.

Hoewel dit op zichzelf heel goed is voor de rechtszekerheid – men kan immers precies nagaan hoe OFAC tegen specifieke vraagstukken aankijkt – en de Europese toezichthouders hier in veel opzichten nog lering uit zouden kunnen trekken, heeft dit ook nadelige gevolgen. Door zo gedetailleerd te interpreteren en het feit dat er nauwelijks rechtspraak is, zie je dat de interpretatie van OFAC, bij gebrek aan andere interpretaties, een meer wetgevende status krijgt. Een vergelijkbare ontwikkeling valt in Nederland te zien met betrekking tot de Leidraad Wwft en Sanctiewet 1977 van DNB en de AFM. Dat is onzes inziens onwenselijk en onterecht vanuit het oogpunt van de scheiding der machten en de rechtsvorming.

Men ziet ook dat de enkele keer dat er wel wordt geprocedeerd, er ‘successen’ worden geboekt door de verdediging.⁸ Toch is niet de verwachting dat in de toekomst meer procedures op dit vlak worden gevoerd. Sterker, de trend om voor te hoge bedragen te schikken ter voorkoming van langdurige strafprocessen lijkt juist uit de VS te zijn overgewaaid naar Nederland.⁹

Slotopmerkingen / consequenties streng handhavingssysteem

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat het Amerikaans sanctierecht uiterst effectief is. Hoewel er nog altijd sanctieschendingen plaatsvinden, is het Amerikaans sanctierecht, ook en met name voor veel niet-Amerikaanse bedrijven, een belangrijke drijfveer om bepaalde transacties te weigeren. Dit is dan ook een uiterst machtig politiek wapen van de VS, dat helaas niet altijd alleen maar om politieke, maar soms ook vanwege economische belangen, wordt ingezet.

Een van de gevolgen hiervan is dat, ook in Nederland, steeds vaker Amerikaans sanctierecht wordt toegepast, ook dan wanneer dat (helemaal) niet van toepassing is. Menig bedrijf dat niet-verboden zaken wil doen met sanctielanden loopt tegen betalingsproblemen aan, omdat banken weigeren de financiële transactie te faciliteren uit angst voor overtreding van, met name, het Amerikaanse sanctierecht. De levering van voeding of medicijnen aan Iran is bijvoorbeeld zo goed als ondoenlijk voor Europese bedrijven, doordat Europese banken weigeren mee te werken aan een naar Europees recht toegestane transactie. Hoewel in de VS algemene vergunningen bestaan voor dergelijke transacties (die dus zijn toegestaan), weigeren Europese banken structureel zaken te doen met Iran. Hoewel dat vanuit de bank bezien alleszins begrijpelijk is omdat dergelijke ad-hoc-transacties verliesgevend zijn voor een bank en vaak feitelijk ingewikkeld uit te voeren zijn, leidt dit ertoe dat men toegestane handel blokkeert en wellicht handel blokkeert die ook vanuit humanitair oogpunt wel wenselijk is.

Ook vanuit politiek oogpunt heeft dit strenge handhavingssysteem zijn keerzijde. Zo zien wij steeds vaker dat er alternatieve platforms worden opgericht teneinde de toepasselijkheid van het Amerikaanse sanctierecht te voorkomen. Zo is Rusland naar verluidt doende om een alternatief Swift-systeem op te zetten, zodat banken transacties kunnen uitvoeren waarop de VS geen grip zou hebben. Ook de EU heeft zo haar alternatieven opgezet om bijvoorbeeld de handel met Iran te faciliteren, zoals INSTEX. Daarnaast zien wij dat internationale betalingen steeds vaker plaatsvinden in alternatieve valuta, zoals de euro of de yuan. Tot op heden zijn de initiatieven op dat vlak echter nog slechts beperkt en weinig succesvol.

Maar het is natuurlijk wel zo dat Amerika deze vergaande extraterritoriale werking slechts kan blijven handhaven zolang er geen serieuze alternatieven zijn. De paradox is dan ook dat, met deze sterke handhaving, zijn eigen politieke macht (zij het graduëel) wordt ondermijnd. De verwachting is derhalve dat, met de langzame verschuiving van de wereldmacht, ook het internationale sanctierecht er op termijn anders uit gaat zien.

8. Zie bijv. United States Court of Appeals for the Second Circuit, 24 October 2011, 685 F.3d 99 (*United States v. Mahmoud Reza Banki*).

9. Zie bijv. de schikking van ING met het OM voor EUR 775 miljoen van 4 september 2018 voor overtreding van de Wwft.